

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La loi applicable aux contrats conclus via Internet. Entre les eaux troubles de la convention de Rome et les eaux agitées de la directive sur le commerce électronique

Cruquenaire, Alexandre; Lazaro, Christophe

Published in:

Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ? Actes du colloque organisé par la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège et l'Unité de droit privé de l'Université de Liège le 19 avril 2001

Publication date:

2001

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cruquenaire, A & Lazaro, C 2001, La loi applicable aux contrats conclus via Internet. Entre les eaux troubles de la convention de Rome et les eaux agitées de la directive sur le commerce électronique. Dans *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ? Actes du colloque organisé par la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège et l'Unité de droit privé de l'Université de Liège le 19 avril 2001*. Jeune barreau de Liège, Liège, p. 259-300.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**La loi applicable aux contrats conclus via Internet : entre les eaux troubles de la
convention de Rome et les eaux agitées de la directive sur le commerce électronique¹**

Par

Alexandre CRUQUENAIRE,
Chercheur au Centre de Recherches Informatique et Droit (FUNDP)

et

Christophe LAZARO,
Chercheur au Centre de Recherches Informatique et Droit (FUNDP),
avocat

¹ La présente contribution a pour partie bénéficié des travaux de ses auteurs dans le cadre d'une étude réalisée par le Centre de Recherches Informatique et Droit pour le compte du Ministre des Affaires Economiques.

Sommaire

Introduction

Section I : les contrats entre professionnels

- A. Les règles de droit commun
- B. La directive sur le commerce électronique : vers un bouleversement du régime existant ?
 - 1. L'article 3 au sein de la directive sur le commerce électronique
 - 2. L'article 3, §1 de la directive sur le commerce électronique
 - a) Aperçu de controverses théoriques
 - b) La portée de l'article 3, §1 : adoption d'une interprétation téléologique dépassant les controverses théoriques
 - b.1) L'éclairage des travaux préparatoires
 - b.2) Le champ d'application de l'article 3, §1
 - 3. L'article 3, §2 de la directive sur le commerce électronique
 - 4. Les dérogations à la clause de marché intérieur
 - a) Dérogations générales : l'annexe
 - b) Dérogations particulières : les paragraphes 4 à 6 de l'article 3
 - 5. La transposition de la directive sur le commerce électronique
 - a) Principes
 - a.1) Avant l'échéance du délai de transposition
 - a.2) Après l'échéance du délai de transposition
 - b) Application au cas de la transposition de la directive sur le commerce électronique
 - b.1) Avant l'échéance du délai de transposition
 - b.2) Après l'échéance du délai de transposition

Section II. Les contrats conclus avec un consommateur

- A. Adoption d'une règle de conflit protectrice
- B. Domaine de la règle protectrices
 - 1. Les conditions d'application de la règle protectrice
 - 2. Commentaire critique
- C. Lois de police

Conclusion

Introduction

L'avènement de la société de l'information est porteur des espoirs les plus fous en termes de développement de nouvelles activités et de création d'emplois. Mais l'euphorie, quelque peu béate, qui a prévalu lors des premiers balbutiements du commerce électronique, a fait place à une plus grande prudence. La rentabilité douteuse ou les faillites de nombreuses start-ups font réfléchir les candidats investisseurs².

Cette nouvelle façon de faire du commerce nécessite une adaptation des acteurs économiques et de leur environnement. C'est que « dot-comer son business »³ n'est peut-être pas aussi simple qu'il n'y paraît à première vue... Créer une activité en ligne ou diversifier son activité par l'utilisation d'Internet requiert des investissements non négligeables. Il convient non seulement de concevoir un projet Internet cohérent, mais également d'en évaluer la faisabilité technique et économique, l'intérêt commercial. Enfin, il convient d'évaluer la conformité du projet avec le cadre juridique qui y est applicable. La difficulté est ici double : identifier la loi qui régit l'activité en ligne et, ensuite, réaliser un audit juridique sur cette base. Si les textes législatifs et réglementaires ne se prêtent pas toujours aisément à une application au contexte d'Internet, il s'est rapidement avéré que la difficulté majeure, sur le plan juridique, se situait ailleurs, au niveau de la détermination du droit national applicable à une activité en ligne par essence transfrontière.

Malheureusement, les règles du droit international privé, qui sont censées apporter une réponse à cette délicate question, ne sont pas toujours des plus limpides et se révèlent parfois particulièrement inadéquates lorsqu'il s'agit d'appréhender des situations en ligne. Les dispositions de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles nous serviront de guide. Une attention toute particulière sera cependant réservée à l'examen de la portée de la très controversée « clause de marché intérieur » contenue dans l'article 3 de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique.

Notre analyse s'articulera en deux temps, dans la mesure où tant la convention de Rome que la directive sur le commerce électronique envisagent de manière différente les contrats entre professionnels (I.) et les contrats de consommation (II.).

² Lire notamment L. HIMELSTEIN, « Les capital-risqueurs américains sur le fil », *Le Monde Interactif*, 7 mars 2001 (qui évoque la fin de l'argent facile pour les start-ups).

³ Pour reprendre l'expression amusante récemment employée par des publicistes.

Section I. Les contrats entre professionnels

A. Les règles de droit commun

Dans l'attente de la transposition de la directive sur le commerce électronique, les conflits entre professionnels nés de l'utilisation des nouvelles technologies doivent être réglés à l'instar des autres matières à l'aide de deux instruments de droit international privé : la convention de Vienne et la convention de Rome.

La convention de Vienne du 11 avril 1980 instaure des règles matérielles uniformes pour les contrats de vente internationale de marchandises⁴. La primauté de cette convention sur toute autre convention concernant les obligations contractuelles se justifie par un double motif. L'un tient à la matière : en tant qu'instrument porteur de règles spécifiques à la vente, elle reçoit la priorité sur une convention concernant les obligations contractuelles en général, en vertu du principe selon lequel le spécial déroge au général.

L'autre tient au fait qu'elle contient des règles matérielles uniformes, ce qui dispense du recours à des règles de conflit de lois.

Le domaine d'application de la convention de Vienne est délimité par différents critères. D'un point de vue spatial, la vente doit revêtir un caractère d'internationalité. L'article 1^{er} requiert, en effet, d'une part, que les parties résident dans des Etats différents et, d'autre part, que ces Etats soient parties à la convention ou que les règles de droit international privé de la juridiction saisie conduisent à l'application de la loi d'un Etat contractant (article 1).

D'un point de vue matériel, la convention ne s'applique pas à certains types de vente, et notamment à la vente aux consommateurs (article 2). Par ailleurs, elle n'entend pas régler certains types de questions, telles que la validité des contrats. Enfin, il convient de ne pas négliger le caractère supplétif des règles de la convention (article 6).

Pour les questions non réglées par la convention de Vienne, l'instrument qui permet la détermination du droit applicable est la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁵. Cette convention se caractérise avant tout par son aspect dit « universaliste », qui implique que ses règles permettent de désigner la loi applicable sans distinguer selon qu'il s'agisse de la loi d'un pays signataire ou non. Par conséquent, si, en exécution de leur faculté de choix, les parties à un contrat choisissent la loi d'un Etat tiers, celle-ci sera applicable.

La convention constitue également un gage de sécurité juridique pour les parties dans la mesure où celles-ci se voient offrir la possibilité de connaître la règle de rattachement à laquelle elles seront soumises avant de connaître la juridiction saisie de leur différend⁶.

⁴ Incorporée en droit belge par la loi du 4 septembre 1996 portant assentiment à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, faite à Vienne le 11 avril 1980, *M.B.*, 1^{er} juillet 1997. Lire également M. FALLON et D. PHILIPPE, « La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises », *J.T.*, 1999, p.17 s.

⁵ Loi d'approbation du 14 juillet 1987, *M.B.*, 9 octobre 1987.

⁶ S. FRANCO, « Internet : un monde sans frontière ? La loi applicable aux contrats conclus sur Internet », *Ubiquité*, n° 7, décembre 2000, p.52.

Enfin, cette convention accorde la plus grande autonomie aux parties en leur permettant de choisir la loi qui régira leurs relations contractuelles (article 3). Ce n'est qu'à défaut de choix, qu'elle stipule différentes règles permettant de déterminer la loi applicable, ces règles variant selon que le contrat est ou non conclu avec un consommateur (articles 4 et 5). La convention de Rome est donc axée sur un principe alternatif : la liberté de choix et, à défaut de choix, la loi de l'Etat avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. L'Etat avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits est présumé être l'Etat où réside la partie qui fournit la prestation caractéristique du contrat.

Les contrats conclus entre professionnels obéissent au rattachement établi par l'article 4, §1 de la convention de Rome, qui consacre la méthode dite « indiciaire », qui permet de déterminer de façon objective le pays avec lequel la situation contractuelle présente les liens les plus étroits⁷, compte tenu de la circonstance que « le contrat se trouve, de par sa contexture et son économie, localisé dans un certain pays »⁸. Cette méthode de détermination peut s'avérer délicate puisqu'elle met à charge des tribunaux la recherche des divers indices susceptibles de faire ressortir la localisation du contrat dans tel ou tel pays. Toutefois, afin de faciliter l'utilisation d'une telle méthode, la convention instaure des présomptions réfragables qui se réfèrent à un facteur de rattachement subsidiaire. En conséquence, on considérera que les liens les plus étroits sont supposés exister avec le pays où le débiteur de la *prestation caractéristique* a sa résidence ou son établissement, au moment de la conclusion du contrat.

Sauf en ce qui concerne les contrats de transport et les contrats portant sur un immeuble, la convention ne précise cependant pas les critères à prendre en considération pour déterminer la prestation caractéristique d'un contrat. Si cette présomption demeure d'un maniement aisé pour les transactions simples, il convient, pour toutes les situations contractuelles plus complexes, de rechercher *in abstracto* quelle est l'obligation qui caractérise la catégorie à laquelle appartient le contrat en cause. Pour les contrats synallagmatiques, impliquant par hypothèse des obligations réciproques, il faut nécessairement opérer un choix. Ce choix s'orientera vers l'obligation qui révèle la spécificité même du contrat. Si la prestation monétaire (le versement d'une somme d'argent) peut constituer l'obligation principale d'un contrat, il est d'usage de considérer qu'elle n'est jamais caractéristique puisqu'elle se retrouve dans un grand nombre de contrats⁹. Dès lors, on peut en déduire que la prestation caractéristique sera le plus souvent celle contre laquelle le paiement est dû.

Dans certains cas, comme les contrats synallagmatiques sans prestation monétaire (échange), où l'importance économique des prestations échangées est équivalente, il n'est pas exclu que la prestation caractéristique ne puisse être déterminée. Il faudra alors se référer à la clause d'exception prévue à l'article 4, §5 de la convention de Rome, et déterminer le pays avec lequel le contrat a les liens les plus étroits à l'aide d'autres critères. Compte tenu de la multiplicité des liens qu'une transaction électronique est susceptible de révéler, on pourrait

⁷ F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, tome II, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1993, p.529.

⁸ M. GIULIANO et P. LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *J.O.*, C282, 31 octobre 1980.

⁹ Pour un exposé détaillé, lire A-C. VAN GYSEL et J. INGBER, « A la recherche de la prestation caractéristique », *Rev. dr. ULB*, 1994, livre II, pp.55-96. Ces auteurs font notamment remarquer que pour les contrats synallagmatiques monétaires (prêt bancaire), il importe de distinguer « l'argent rémunérateur » - commun à tous les contrats- de « l'argent-crédit », qui constitue l'objet caractéristique du contrat.

cependant craindre que le juge saisi ne soit tenté d'appliquer la loi du for lors de la mise en œuvre de cette clause d'exception¹⁰.

B. La directive sur le commerce électronique: vers un bouleversement du régime existant ?

Dans l'hypothèse d'un contrat conclu avec un professionnel, les règles de droit international privé conventionnelles vont être partiellement supplantées par la clause de marché intérieur stipulée à l'article 3 de la récente directive sur le commerce électronique¹¹.

En raison d'un libellé quelque peu obscur et de sa conjonction malheureuse avec d'autres dispositions de la même directive, l'article 3 a suscité beaucoup de discussions. Avant d'aborder l'interprétation de cette règle, il convient préalablement de la replacer dans son contexte et d'évoquer brièvement les controverses qui l'entourent.

1. L'article 3 au sein de la directive sur le commerce électronique

L'article 3 de la directive sur le commerce électronique est libellé comme suit :

« *Marché intérieur* »

1. Chaque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné.

2. Les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre.

3. Les paragraphes 1 et 2 ne sont pas applicables aux domaines visés à l'annexe.

4. Les États membres peuvent prendre, à l'égard d'un service donné de la société de l'information, des mesures qui dérogent au paragraphe 2 si les conditions suivantes sont remplies:

a) les mesures doivent être:

i) nécessaires pour une des raisons suivantes:

- l'ordre public, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine,
- la protection de la santé publique,

¹⁰ L. BERNARDEAU, « La directive communautaire 2000/13/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique », ERA, disponible à l'adresse http://www.era.int/public/francais/friends/forum_2_art1.htm.

¹¹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 0001 – 0016.

- la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales,
- la protection des consommateurs, y compris des investisseurs;

ii) prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs visés au point i) ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs;

iii) proportionnelles à ces objectifs;

b) l'État membre a préalablement et sans préjudice de la procédure judiciaire, y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale:

- demandé à l'État membre visé au paragraphe 1 de prendre des mesures et ce dernier n'en a pas pris ou elles n'ont pas été suffisantes,
- notifié à la Commission et à l'État membre visé au paragraphe 1 son intention de prendre de telles mesures.

5. Les États membres peuvent, en cas d'urgence, déroger aux conditions prévues au paragraphe 4, point b). Dans ce cas, les mesures sont notifiées dans les plus brefs délais à la Commission et à l'État membre visé au paragraphe 1, en indiquant les raisons pour lesquelles l'État membre estime qu'il y a urgence.

6. Sans préjudice de la faculté pour l'État membre de prendre et d'appliquer les mesures en question, la Commission doit examiner dans les plus brefs délais la compatibilité des mesures notifiées avec le droit communautaire; lorsqu'elle parvient à la conclusion que la mesure est incompatible avec le droit communautaire, la Commission demande à l'État membre concerné de s'abstenir de prendre les mesures envisagées ou de mettre fin d'urgence aux mesures en question ».

Cet article ne peut être examiné indépendamment de différentes autres dispositions de la directive sur le commerce électronique.

Dans le corps même de la directive, il convient de prendre en compte deux dispositions dont la portée est fondamentale pour la bonne compréhension de l'article 3. Il s'agit des articles 1.4 et 2, h. Le premier énonce que « la présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions », tandis que le second définit le « domaine coordonné »¹², qui délimite le champ d'application de la clause de marché intérieur contenue dans les deux premiers paragraphes de l'article 3. Enfin, l'annexe de la directive énumère une série de domaines pour lesquels la clause de marché intérieur de l'article 3 ne s'applique pas¹³.

L'article 3 doit également être lu en parallèle à plusieurs considérants qui peuvent aider à en cerner la portée. Les considérants 22 et 23 insistent sur l'importance du rôle du pays d'origine des services de la société de l'information et abordent l'interaction entre la clause de marché intérieur et les règles de droit international privé existantes¹⁴. Le considérant 24 rappelle pour

¹² Cf. *infra*, point b.2).

¹³ Cf. *infra* sur le champ d'application de la clause de marché intérieur.

¹⁴ Le considérant 22 énonce que « le contrôle des services de la société de l'information doit se faire à la source de l'activité pour assurer une protection efficace des objectifs d'intérêt général. Pour cela, il est nécessaire de

sa part les limites du contrôle par le pays d'origine et du principe de reconnaissance mutuelle¹⁵. Enfin, les considérants 55 et 56 envisagent le cas particulier des contrats conclus avec les consommateurs (cf. *infra* à ce propos)¹⁶.

2. L'article 3, §1 de la directive sur le commerce électronique

a). Aperçu de controverses théoriques

La disposition de l'article 3 qui suscite le plus de vagues est sans conteste son premier paragraphe, qui énonce que « chaque Etat membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné ».

Pour une majorité d'observateurs, l'article 3.1 établit le principe de l'application de la loi du pays d'origine¹⁷. Il est par ailleurs unanimement admis que l'article 3.1 ne traite pas de la compétence des juridictions¹⁸. Des controverses théoriques ont cependant vu le jour quant à la nature de la règle de l'article 3.1 : s'agit-il ou non d'une règle de droit international privé ? Dans l'affirmative, à quel type de règle peut-elle être apparentée ?

garantir que l'autorité compétente assure cette protection non seulement pour les citoyens de son propre pays, mais aussi pour l'ensemble des citoyens de la Communauté. Pour améliorer la confiance mutuelle entre les États membres, il est indispensable de préciser clairement cette responsabilité de l'État membre d'origine des services. En outre, afin d'assurer efficacement la libre prestation des services et une sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, ces services de la société de l'information doivent être soumis en principe au régime juridique de l'État membre dans lequel le prestataire est établi. ». Le considérant 23 dispose quant à lui que « la présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de loi ni de traiter de la compétence des tribunaux. Les dispositions du droit applicable désigné par les règles du droit international privé ne doivent pas restreindre la libre prestation des services de la société de l'information telle que prévue par la présente directive ».

¹⁵ Considérant 24 : « Dans le cadre de la présente directive et nonobstant le principe du contrôle à la source de services de la société de l'information, il apparaît légitime, dans les conditions prévues par la présente directive, que les États membres prennent des mesures tendant à limiter la libre circulation des services de la société de l'information ».

¹⁶ Considérant 55 : « La présente directive ne porte pas atteinte au droit applicable aux obligations contractuelles relatives aux contrats conclus par les consommateurs. En conséquence, la présente directive ne saurait avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui procurent les règles impératives relatives aux obligations contractuelles prévues par le droit de l'État membre dans lequel il a sa résidence habituelle. » ; considérant 56 : « En ce qui concerne la dérogation prévue par la présente directive pour les obligations contractuelles dans les contrats conclus par les consommateurs, celles-ci doivent être interprétées comme comprenant les informations sur les éléments essentiels du contenu du contrat, y compris les droits du consommateur, ayant une influence déterminante sur la décision de contracter ».

¹⁷ Cf. par exemple M. OLIVIER et A. CAPARROS, « Pays d'origine et consommateur électronique. Défense des intérêts des entreprises et des consommateurs européens », *Gaz. Pal.*, 1999, n°321-322, pp. 7-8 (n.b. : interprétation basée sur la première version de la proposition de directive ; cf. *infra* sur l'évolution des dispositions connexes à l'article 3.1.) ; E. CRABIT, « L'univers de la directive sur le commerce électronique », contribution au colloque *L'internet et le droit*, organisé les 25-26 septembre 2000 par l'Université de Paris I, pp. 4 et s. ; A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet », *J.T.*, n°6000, 17 février 2001, p. 135 ; S. FRANCO, *op. cit.*, pp. 57-58.

¹⁸ Lire notamment : A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, *op. cit.*, p. 137 ; S. FRANCO, *op. cit.*, pp. 64-67. L'article 1.4 est d'ailleurs très clair à ce propos.

Si l'on devait considérer l'article 3.1 comme une règle de droit international privé établissant l'application de la loi du pays d'origine, on se heurterait à la lettre de l'article 1.4. de la directive qui énonce que celle-ci « n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions »¹⁹. Le texte équivoque de l'article 3.1 se trouverait alors en totale contradiction avec celui de l'article 1.4, qui peut de son côté être considéré comme un texte « clair ». Cette contradiction est difficilement admissible.

On pourrait tenter de réconcilier ces textes en distinguant, parmi les règles de droit international privé, les règles de conflit de lois des règles d'applicabilité. La règle de conflit de lois (ou règle de rattachement) est une règle de droit international privé qui désigne le droit applicable à une situation transfrontière²⁰, tandis que la règle d'applicabilité est une règle qui accompagne des dispositions de droit matériel dont elle définit le champ d'application nonobstant toute disposition de droit étranger qui aurait pu être désignée en vertu d'une règle de conflit de lois²¹. L'article 3.1 pourrait être vu comme une règle d'applicabilité, qui imposerait pour toutes les questions entrant dans le domaine coordonné par la directive²² de s'en référer à la loi du pays d'origine²³. En vue d'assurer la conformité de cette interprétation avec l'article 1.4. de la directive sur le commerce électronique, on pourrait alors soutenir que cette dernière disposition ne vise que les règles de rattachement traditionnelles²⁴, et non les règles d'applicabilité²⁵.

De manière générale, l'interaction entre l'article 3.1 et les règles de conflit de lois contenues dans la convention de Rome est problématique. En effet, si l'article 20 de la convention de Rome prévoit bien la primauté « des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes », cette primauté relève du domaine de l'exception²⁶. Selon certains auteurs, toute disposition de droit communautaire dérivé dérogeant aux règles de la convention de Rome devrait faire apparaître clairement pour quelles raisons et dans quelle mesure elle y déroge²⁷. Compte tenu du caractère obscur de

¹⁹ Principe rappelé, pour autant que de besoin, au considérant 23.

²⁰ F. RIGAUX, *Droit international privé*, Précis de la Faculté de droit de l'UCL, Tome I, Théorie générale, Bruxelles, Larcier, 1987, n°255.

²¹ *Ibidem*, n° 274.

²² Défini à l'article 2, h. Cf. *infra*, point b.2), sur le champ d'application de la clause de marché intérieur.

²³ En ce sens, lire S. FRANCO, *op. cit.*, spéc. pp.64-67 (qui adopte cependant une interprétation trop restrictive du domaine coordonné en visant les seules lois de transposition).

²⁴ *Ibidem*, p. 66.

²⁵ En ce sens, cf. le 23^e considérant qui ne vise que les règles de droit international privé relatives aux conflits de lois.

²⁶ Cf. la déclaration des Etats membres annexé à la convention de Rome lors de sa signature, dans laquelle ils invitent les institutions européennes à s'efforcer « d'adopter des règles de conflit qui, autant que possible, soient en harmonie avec celles de la convention » (*J.O.*, n° L266/1980, p. 14).

l'article 3.1, on pourrait douter du fait qu'il réponde à ces exigences. En outre, les Etats membres de la Communauté, en tant que signataires de la convention de Rome, doivent tenter de concilier leurs engagements communautaires et leurs engagements internationaux, ce qui implique que lors de la phase de transposition, l'interprétation des termes d'une directive « doit être guidée par un principe de conciliation de ces dispositions et des règles conventionnelles »²⁸. Si le législateur communautaire doit donc faire montre de prudence lorsqu'il envisage de déroger aux règles de la convention de Rome, la primauté du droit communautaire dérivé n'en demeure pas moins incontestable. En l'espèce, les objectifs de la directive sur le commerce électronique²⁹ peuvent pleinement justifier l'intervention du législateur communautaire en la matière. Seules les relatives incertitudes planant sur la portée réelle de l'article 3.1 prêtent le flanc à la critique. Mais l'analyse des travaux préparatoires permet de lever ces doutes (cf. *infra*).

Une autre interprétation de l'article 3.1 pourrait être avancée afin de ménager les termes de l'article 1.4. On pourrait ainsi n'y voir qu'une injonction, adressée à l'Etat membre sur le territoire duquel est établi³⁰ le prestataire de services, d'exercer un contrôle de légalité des activités de celui-ci, ce contrôle étant effectué par rapport aux « dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné ». L'article 3.1 n'impliquerait donc pas un renvoi automatique à la loi du pays d'origine, mais plutôt un renvoi au droit de ce pays, celui-ci comprenant des règles de droit matériel et des règles de droit international privé (en particulier la convention de Rome). La conformité avec les termes de l'article 1.4 serait ici indéniable. Cette interprétation pourrait à première vue s'appuyer sur la définition du domaine coordonné (article 2, h) qui se réfère aux « systèmes juridiques » des Etats membres, ce qui pourrait permettre une inclusion des règles de droit international privé dans le champ des règles concernées. Mais l'énumération introduite dans l'article 2, h contredit nettement cet argument et indique de manière non équivoque un renvoi au seul droit matériel. En outre, cette interprétation viderait l'article 3 de toute substance et irait clairement à l'encontre de la réalisation des objectifs poursuivis par le législateur communautaire (cf. *infra* sur les travaux préparatoires de la directive). Enfin, les dérogations contenues dans l'annexe n'auraient aucune raison d'être si l'article 3.1 n'affectait pas le droit international privé par la désignation de la loi applicable³¹.

²⁷ En ce sens, lire E. JAYME et C. KOHLER, « L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome », *Rev. crit. dr. intern. pr.*, 1995, p. 15. Cf. également l'avis du Groupe européen de droit international privé, in *Rev. crit. dr. intern. pr.*, 1995, pp.39-40.

²⁸ E. JAYME et C. KOHLER, *op. cit.*, p. 16.

²⁹ Cf. *infra*, point b.1).

³⁰ Au sens de l'article 2, c de la directive.

³¹ En ce sens, cf. également, *a contrario*, le considérant 55 qui précise que « la présente directive ne porte pas atteinte au droit applicable aux obligations contractuelles relatives aux contrats conclus par les consommateurs ».

b). La portée de l'article 3, §1: adoption d'une interprétation téléologique dépassant les controverses théoriques

b.1). L'éclairage des travaux préparatoires

Afin de bien percevoir la portée de l'article 3 de la directive sur le commerce électronique, il convient de prendre en considération le contexte de l'adoption de la directive ainsi que ses objectifs³².

L'initiative législative européenne en matière de commerce électronique poursuit principalement deux objectifs³³ : d'une part, créer une confiance durable des milieux d'affaires et des consommateurs vis-à-vis du commerce électronique et, d'autre part, assurer aux utilisateurs du commerce électronique le libre accès au marché unique. Pour atteindre ces deux objectifs, la mise en place d'un cadre juridique cohérent basé sur le principe du contrôle par le pays d'origine s'imposait. Afin d'assurer le libre accès à un marché intérieur véritablement décloisonné des services de la société de l'information, il convenait en effet de lever les incertitudes caractérisant le cadre juridique existant, dans la mesure où ces incertitudes requéraient de la part des opérateurs désireux de se lancer dans le commerce électronique d'importants investissements en termes d'évaluation juridique de l'activité envisagée au regard des droits des différents Etats membres³⁴. La détermination d'un régime juridique applicable pour toutes les activités exercées sur le marché unique que représente le territoire communautaire³⁵ constitue indiscutablement un élément clé pour atteindre ces objectifs de prévisibilité et de sécurité juridique.

L'évolution du texte de la directive au fil des travaux préparatoires, que ce soit du corps même de l'article 3 ou des dispositions connexes, indique également la volonté du législateur communautaire de faciliter la libre circulation des services de la société de l'information en les soumettant, en principe, à la seule loi de l'Etat membre où est établi le prestataire de services. Les incertitudes qui planaient à cet égard dans les premières versions du texte ont été levées dans ses versions finales.

Ainsi, la première version de la proposition de directive était pour le moins ambiguë à ce propos. Elle précisait dans le commentaire des articles que l'article 3 « a pour *objectif* de mettre en œuvre le principe de la libre circulation des services (...) » et « n'a pas pour objet de se substituer à la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et à la convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence juridictionnelle qui

³² La jurisprudence de la Cour de Justice y invite d'ailleurs expressément les Etats membres. Cf. notamment CJCE, 15 mai 1997, aff. *Textilwerke Deggendorf*, C-355/95, *Recueil*, 1997, p. I-2549, point 21.

³³ « Une initiative européenne dans le domaine du commerce électronique », Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, 15 avril 1997, COM (1997) 157 Final, pp. 21-23.

³⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, 18 nov. 1998, COM (1998) 586 Final, Exposé des motifs, pp. 7-10.

³⁵ Sous réserve des activités ne relevant pas du champ d'application de la clause de marché intérieur (cf. *infra*).

continuent à s'appliquer (...) »³⁶. Le troisième paragraphe de l'article 3 confirmait le renvoi aux règles conventionnelles de droit international privé³⁷. On pouvait donc s'interroger sur la portée de la disposition de l'article 3.1. Et ce d'autant plus que les considérants entretenaient cette confusion³⁸.

Les incertitudes sur la portée réelle de l'article 3.1 devaient perdurer devant le Parlement européen. En effet, dans son rapport du 23 avril 1999 sur la proposition de directive, la commission juridique et des droits du citoyen du Parlement européen observait à propos du principe du contrôle par l'Etat d'origine que « (...) les règles de droit international privé, notamment quant aux conflits de lois, continuent à s'appliquer pleinement. L'article 3 paragraphe 1 ne doit dès lors pas être lu comme désignant le droit du pays d'établissement du prestataire comme droit applicable à une relation entre un prestataire et un destinataire. La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles continue à s'appliquer »³⁹. Le même rapport précisait cependant un peu plus loin, à propos du principe du pays d'origine, que « l'application de ce principe est impérative en matière de commerce électronique dans la mesure où un site web est automatiquement accessible dans les 15 Etats membres et, dans de nombreux cas, il est impossible d'exiger qu'il se conforme aux législations des 15 Etats membres. Le contraire constituerait un refus d'étendre les avantages du marché unique au commerce électronique (...) »⁴⁰. Entre application de la législation du pays d'origine et renvoi aux règles de droit international privé conventionnelles, le cœur du Parlement semblait balancer... Dans les amendements finalement adoptés le 6 mai 1999, le 7^e considérant fut quelque peu modifié, par la suppression de sa partie finale indiquant que le droit international privé conventionnel n'était pas affecté par le jeu du principe du pays d'origine⁴¹. Il s'agit là d'un premier pas dans le sens d'une reconnaissance de la portée de l'article 3.1.

La proposition modifiée de directive présentée par la Commission européenne⁴² a repris la version antérieure du texte de l'article 3.1. Curieusement, le considérant 7 a cependant été modifié en vue d'insister de manière explicite sur le fait que l'article 3.1. ne peut prévaloir sur

³⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, 18 nov. 1998, COM (1998) 586 Final, commentaire des articles, p. 22.

³⁷ Article 3.3 : « le paragraphe 1 ne s'applique aux dispositions des articles 9, 10 et 11 que dans la mesure où la loi de l'Etat membre est applicable en vertu de ses règles de droit international privé ».

³⁸ Le considérant 8 précisait ainsi que, pour assurer leur libre circulation, les services de la société de l'information doivent être soumis « au régime juridique de l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi », tandis que le considérant 7 rappelait que la directive ne contenait pas de règle de droit international privé et était sans préjudice des conventions internationales en ce domaine.

³⁹ Commission juridique et des droits des citoyens, Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, établi par Madame Christine Margaret Oddy, 23 avril 1999, PE 229.868/déf., p. 42.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 53.

⁴¹ Amendement 9 modifiant le considérant 7 dont le nouveau libellé est le suivant : « n'a pas pour objet d'établir des règles spécifiques de droit international privé relatives aux conflits de loi et de juridiction ~~et est ainsi sans préjudice des conventions internationales y afférentes~~ » (PE 279.325, p. 187).

⁴² Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, 1^{er} sept. 1999, COM (1999) 427 Final.

les conventions internationales de droit international privé existantes⁴³, ce qui pourrait incontestablement être vu comme un recul dans la position de la Commission.

Dans sa position commune du 28 février 2000, le Conseil n'apporte pas de modification à l'article 3.1 lui-même mais bien aux considérants y relatifs. Ainsi, les considérants 7 et 8 ont-ils été remaniés et replacés en tant que 22^e et 23^e considérants. Le 22^e considérant énonce alors notamment que « le contrôle des services de la société de l'information doit se faire à la source de l'activité pour assurer une protection efficace des objectifs d'intérêt général ; (...) en outre, afin d'assurer efficacement la libre prestation des services et une sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, ces services de la société de l'information doivent être soumis en principe au régime juridique de l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi »⁴⁴. Le 23^e considérant ajoute que « la présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de loi ni de traiter de la compétence des tribunaux ; les dispositions du droit applicable désigné par les règles de droit international privé ne doivent pas restreindre la libre prestation des services de la société de l'information telle que prévue par la présente directive ». Ce remaniement semble aller dans le sens d'une incidence de l'article 3 sur les règles de droit international privé conventionnelles, comme le confirme par ailleurs la suppression de la disposition initialement contenue dans l'article 3.3, qui est remplacée par une disposition renvoyant aux dérogations stipulées en annexe⁴⁵. L'ajout de l'article 1.4 s'inscrit dans cette logique en précisant que la clause de marché intérieur ne constitue pas une règle de droit international privé à part entière, même si elle affecte indiscutablement celui-ci. La portée de l'article 1.4 va s'éclaircir devant le Parlement, en seconde lecture.

La portée de l'article 3.1 se dessine de manière encore plus nette à l'occasion de la deuxième lecture par le Parlement européen. Dans sa recommandation pour la deuxième lecture, la commission juridique et du marché intérieur du Parlement européen émet ainsi certaines observations qui nous paraissent capitales pour la bonne compréhension de l'article 3.1. Il y est ainsi observé que « sauf dans des domaines particuliers, pour lesquels des dérogations explicites sont prévues, la directive disposera que les services de la société de l'information sont normalement soumis au droit national de l'Etat membre où le prestataire est établi et que les autres Etats membres où ces services peuvent être reçus ne restreignent pas la libre prestation de services de la société de l'information. La directive appliquera donc le principe de la 'reconnaissance mutuelle' des réglementations nationales dans le 'domaine coordonné', à savoir les 'exigences applicables aux prestataires des services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information' ». Elle précise enfin, sous un intitulé « droit international privé », que « comme le demandait le Parlement, la position commune ne laisse plus de doute sur la primauté de la directive sur le droit international privé puisqu'elle prévoit que, même si cette directive ne constitue pas en tant que telle une règle additionnelle de droit international privé, l'application de ce dernier ne doit pas avoir pour effet de restreindre la libre circulation des services de la société de l'information telle que prévue dans la directive. L'article 3 s'applique en effet dans tous les domaines du droit national, y compris le droit privé (sauf pour les questions visées à l'annexe). Enfin, la position commune clarifie qu'elle

⁴³ Le 7^e considérant étant alors formulé comme suit : « considérant que la présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles spécifiques de droit international privé relatives aux conflits de lois et de juridictions et ne se substitue pas aux conventions internationales y afférentes ».

⁴⁴ Nous soulignons.

⁴⁵ Cette dernière disposition était initialement contenue dans l'article 22.

ne traite pas de la compétence des tribunaux, l'article 3 ne traitant, en effet, que de la législation que doit respecter un service de la société de l'information »⁴⁶.

Une fois replacé dans son contexte, l'article 3 s'éclaire donc, même si des zones d'ombres demeurent, particulièrement sur ses relations avec les règles conventionnelles de droit international privé⁴⁷. L'article 3.1 impose donc à chaque Etat membre de contrôler les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire, et ce sur base de sa législation nationale pour tous les aspects relevant du domaine coordonné.

Outre les enseignements tirés des travaux préparatoires, cette interprétation de l'article 3.1 peut également s'appuyer sur d'autres éléments justificatifs.

Les travaux de transposition de certains Etats membres consacrent cette interprétation téléologique de l'article 3.1. Ainsi, la loi luxembourgeoise de transposition précise en son article 2, 4, que « la loi du lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information s'applique aux prestataires et aux services qu'ils prestent, sans préjudice de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat »⁴⁸. En France, l'article 3.2 de l'Avant-projet de loi sur la société de l'information stipule que l'activité des prestataires de services de la société de l'information établis sur le territoire français est régie par « les dispositions générales régissant cette activité sur le territoire français ainsi qu'aux dispositions propres au commerce électronique énoncées au présent chapitre ». L'article 3.3 de cet Avant-projet de loi ajoute que l'activité des prestataires de services de la société de l'information établis sur le territoire d'un autre Etat membre de la Communauté européenne est libre⁴⁹ et que, sauf dans un certain nombre de cas reprenant les exceptions prévues par la directive, « la prestation est soumise à la loi de l'Etat membre où le prestataire est établi ».

Enfin, la Direction Générale du Marché Intérieur de la Commission européenne, qui est à l'origine de la directive et qui en supervise la juste transposition, soutient fermement cette interprétation de l'article 3.1, comme en témoigne sa récente communication relative au commerce électronique et aux services financiers⁵⁰.

⁴⁶ Commission juridique et du marché intérieur, Recommandation pour la deuxième lecture relative à la position commune du Conseil concernant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« Directive sur le commerce électronique »), 12 avril 2000, PE 285.973, p. 11 (souligné dans le texte).

⁴⁷ Cf. *supra*, point a).

⁴⁸ Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et services autres que les services financiers, *Mémorial*, 8 septembre 2000, p. 2176.

⁴⁹ Sous réserve du respect d'un certain nombre de dispositions énumérées dans le texte (et qui correspondent aux dérogations de l'annexe de la directive).

⁵⁰ La Commission y insiste, à propos de l'article 3 de la directive sur le commerce électronique, sur l'importance de la clause dite de marché intérieur qui « permet aux prestataires de services de la société de l'information de proposer leurs services dans toute l'Union sur la base des règles et règlements appliqués par l'Etat membre dans lequel ils sont établis (le pays d'origine) » (Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le commerce électronique et les services financiers, 7 février 2001, COM (2001) 66 Final, p. 7).

b.2). Le champ d'application de l'article 3, §1

L'article 3.1 décrète l'application des dispositions de la loi du pays d'origine qui relèvent du « domaine coordonné ». C'est donc la détermination de ce que recouvre le domaine coordonné qui permettra de délimiter la portée du principe du pays d'origine. Le domaine coordonné est défini à l'article 2, h, de la directive comme « les exigences prévues par les systèmes juridiques des États membres et applicables aux prestataires des services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information, qu'elles revêtent un caractère général ou qu'elles aient été spécifiquement conçues pour eux

i) le domaine coordonné a trait à des exigences que le prestataire doit satisfaire et qui concernent :

- l'accès à l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification ;
- l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire.

ii) Le domaine coordonné ne couvre pas les exigences telles que :

- les exigences applicables aux biens en tant que tels ;
- les exigences applicables à la livraison de biens ;
- les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique ; ».

Le domaine coordonné doit être entendu de manière large, afin de garantir un contrôle efficace des activités des prestataires des services de la société de l'information ainsi que la libre circulation des services de la société de l'information, en évitant que les États de destination puissent invoquer leurs dispositions nationales sur des questions n'ayant pas été traitées dans la directive mais qui intéresseraient néanmoins les activités des prestataires de services de la société de l'information⁵¹. En d'autres termes, est donc visé l'ensemble du droit matériel opposable à un prestataire pour l'accès et l'exercice de son activité en ligne, qu'il s'agisse de dispositions spécifiques au commerce électronique ou de dispositions générales qui s'y appliqueraient de manière incidente⁵². La définition du domaine coordonné va donc au-delà des seules questions harmonisées par la directive sur le commerce électronique.

Le domaine coordonné ne comprend toutefois que les règles applicables aux activités en ligne du prestataire de services de la société de l'information. Il était donc logique que les exigences relatives aux biens en tant que tels, à leur livraison ou aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique soient exclues de son champ d'application⁵³. Ainsi, une

⁵¹ En ce sens, E. CRABIT, *op. cit.*, p.9.

⁵² *Ibidem.* Contra, lire S. FRANCO, *op. cit.*, pp. 66-67 (qui estime que la règle du pays d'origine ne s'appliquerait qu'aux questions harmonisées par la directive).

⁵³ Cf. le considérant 21 qui précise que « (...) le domaine coordonné ne couvre que les exigences relatives aux activités en ligne, telles que l'information en ligne, la publicité en ligne, les achats en ligne, la conclusion de contrats en ligne et ne concerne pas les exigences juridiques des États membres relatives aux biens telles que les

éventuelle réglementation de la vente de tickets de cinéma pourrait faire partie du domaine coordonné, au contraire des règles relatives à la sécurité des salles de cinéma.

Enfin, rappelons que le principe du pays d'origine ne s'applique que dans les relations entre Etats membres, les règles de droit commun de droit international privé s'appliquant dans l'hypothèse de services de la société de l'information fournis par un prestataire établi dans un pays tiers.

3. L'article 3, §2 de la directive sur le commerce électronique

Le deuxième paragraphe de l'article 3 réaffirme le principe de la libre circulation des services de la société de l'information dont la règle du pays d'origine (3.1) est en quelque sorte un corollaire, la libre circulation effective passant par la reconnaissance mutuelle des contrôles effectués par les Etats d'origine sur base de leur législation nationale. L'article 3.2 reprend dans le contexte particulier du commerce électronique le principe contenu dans l'article 49 du Traité.

La clause de marché intérieur est formée de la conjonction des deux premiers paragraphes de l'article 3.

4. Les dérogations à la clause de marché intérieur

Deux types de dérogations à la clause de marché intérieur sont possibles. D'une part, les dérogations générales (article 3, §3, renvoyant à l'annexe) et, d'autre part, les dérogations particulières (article 3, §4 à §6).

a). Dérogations générales : l'annexe

Selon l'article 3.3, la clause de marché intérieur contenue dans les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 n'est pas applicable aux domaines visés dans l'annexe.

L'annexe renvoie quant à elle à huit domaines spécifiques qui seront dès lors exclus du jeu de la clause de marché intérieur.

La clause de marché intérieur ne s'appliquera pas en matière de propriété intellectuelle en général⁵⁴. Le choix du législateur communautaire est politiquement compréhensible compte tenu du caractère sensible de ces questions dans le domaine de la propriété intellectuelle. En outre, les règles de conflit de lois y sont souvent édictées à un niveau supra-communautaire⁵⁵.

normes en matière de sécurité, les obligations en matière d'étiquetage ou la responsabilité du fait des produits, ni les exigences des Etats membres relatives à la livraison ou au transport de biens, y compris la distribution de médicaments. Le domaine coordonné ne couvre pas l'exercice du droit de préemption par les pouvoirs publics concernant certains biens tels que les oeuvres d'art. ».

⁵⁴ L'annexe se réfère au droit d'auteur et aux droits voisins, aux droits découlant de la directive 87/54/CEE du Conseil du 16 décembre 1986 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs (*J.O.*, L 024, 27 janvier 1987, p. 36), au droit sui generis institué par la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (*J.O.*, L 077, 27 mars 1996, p. 20), ainsi qu'aux droits de propriété industrielle au sens large (brevets, marques, dessins et modèles).

L'ajout d'un niveau supplémentaire de règles de conflit de lois n'aurait sans doute pas été une solution adéquate.

La clause de marché intérieur est également écartée en matière d'émission de monnaie électronique par des institutions pour lesquelles les Etats membres ont appliqué une des dérogations prévues à l'article 8, §1 de la directive relative à la monnaie électronique⁵⁶. Cette dérogation vise à préserver les exceptions à un régime spécifique comprenant sa propre clause de marché intérieur (agrément et contrôle dans le seul pays d'origine)⁵⁷.

Il en va de même en ce qui concerne la commercialisation de parts d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM). En vue d'assurer une libre circulation entre les Etats membres des parts des OPCVM, la directive 85/611/CEE⁵⁸ coordonnant les dispositions applicables en la matière comporte une clause de marché intérieur dont les effets sont limités aux aspects harmonisés par la directive⁵⁹. Le législateur européen n'a pas souhaité intervenir afin de conserver la cohérence de ce régime juridique particulier.

La réglementation dans le secteur des assurances comprend également un régime de reconnaissance mutuelle des agréments qu'il convenait de préserver compte tenu des spécificités du secteur. La directive 92/49/CEE⁶⁰ dispose ainsi que l'agrément obtenu dans l'Etat membre d'origine est valable pour l'ensemble de la Communauté. Des mesures spécifiques (de notification notamment) sont néanmoins prévues⁶¹. Par ailleurs, les directives 88/357/CEE (articles 7 et 8)⁶² et 90/619/CEE (article 4)⁶³ contiennent des dispositions spécifiques de conflit de lois.

⁵⁵ Sur la question de la loi applicable en matière de droit d'auteur, cf. notamment A. Cruquenaire, « La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives », *A.&M.*, 2000/3, pp. 210-227. Lire également les actes de la récente conférence de l'OMPI : *Le droit international privé et la propriété intellectuelle*, Genève, 30-31 janvier 2001, disponibles sur le site officiel de l'OMPI, à l'adresse <http://www.wipo.org>.

⁵⁶ Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, *J.O.*, L 275, 27 octobre 2000, p. 39.

⁵⁷ Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *J.O.*, L 126, 26 mai 2000, p.1. Cf. l'article 18 de la directive. Lire également les articles 22, 26 et 27 concernant les pouvoirs respectifs des pays d'origine et d'accueil.

⁵⁸ Directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières, *J.O.*, L 375, 31 décembre 1985, p. 3.

⁵⁹ Cf. l'article 44, §1 de cette directive. Le 5^e considérant ajoute que l'application des règles communes minimales établies par la directive « constitue une garantie suffisante pour permettre (...) aux organismes de placement collectif situés dans un Etat membre de commercialiser leurs parts dans les autres Etats membres sans que ces derniers puissent soumettre ces organismes ou leurs parts à quelque disposition que ce soit, sauf celles qui, dans ces Etats, ne relèvent pas des domaines régis par la présente directive (...) ».

⁶⁰ Directive 92/49/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive «assurance non vie»), *J.O.*, n° L 228, 11 août 1992, p. 1.

⁶¹ Des dispositions similaires sont édictées dans le titre IV de la directive 92/96/CEE du Conseil du 10 novembre 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE, *J.O.*, L 360, 9 décembre 1992, p. 1.

La clause de marché intérieur est partiellement écartée en matière immobilière, en ce qui concerne plus précisément la validité formelle des contrats créant ou transférant des droits sur des biens immobiliers, lorsque ces contrats sont soumis à des exigences formelles impératives selon le droit de l'Etat membre dans lequel le bien immobilier est situé. Cette exception s'explique sans doute par la volonté de ne pas bouleverser le système de conflit de lois qui prévaut traditionnellement en matière immobilière, compte tenu du rattachement particulièrement fort existant entre les biens immobiliers et le lieu de leur situation⁶⁴.

Le législateur communautaire a dérogé à la clause de marché intérieur pour ce qui concerne l'envoi des communications commerciales non autorisées par courrier électronique (spamming). Il convenait en effet d'éviter qu'en l'absence d'harmonisation les choix nationaux ne puissent s'imposer aux autres Etats membres par le jeu de la clause de marché intérieur, même si des recours aux dérogations particulières auraient été possibles en vue de protéger les consommateurs notamment. L'insertion de cette exception de portée générale démontre la nécessité d'une harmonisation minimale parallèlement à l'adoption de toute mesure tendant à mettre en place un marché unique décloisonné. A défaut, les clauses de marché intérieur pourraient autoriser un glissement vers les standards réglementaires les moins contraignants du marché intérieur concerné ou donner lieu à un recours quasi systématique aux dérogations particulières, ce qui ne constitue jamais une bonne solution.

Enfin, il convient de relever deux dérogations générales dont la portée pratique sera très importante. Il s'agit tout d'abord de la dérogation en matière contractuelle, lorsque les parties ont choisi la loi applicable à leurs relations. Cette dérogation confirme que la clause de marché intérieur ne prive pas les parties de leur faculté de choisir le droit applicable à leurs relations contractuelles et consacre donc le caractère supplétif de la clause de marché intérieur contenue dans l'article 3 de la directive sur le commerce électronique.

En outre, la clause de marché intérieur ne jouera pas en matière de contrats conclus par les consommateurs. Sur ce point et afin d'apaiser les craintes, pas toujours rationnelles, des associations de défense des intérêts des consommateurs, il est simplement renvoyé au droit commun⁶⁵, soit à l'application de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁶⁶.

⁶² Deuxième directive 88/357/CEE du Conseil du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE, *J.O.*, L 172, 4 juillet 1988, p. 1.

⁶³ Deuxième directive 90/619/CEE du Conseil du 8 novembre 1990, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267/CEE, *J.O.*, L 330, 29 novembre 1990, p. 50.

⁶⁴ Cf. E CRABIT (*op. cit.*, p.8), qui évoque les réticences de certains Etats membres à ce propos.

⁶⁵ Cf. *infra* en ce qui concerne la loi applicable aux contrats conclus avec les consommateurs.

⁶⁶ Les considérants 55 et 56 rappellent ainsi que « La présente directive ne porte pas atteinte au droit applicable aux obligations contractuelles relatives aux contrats conclus par les consommateurs. En conséquence, la présente directive ne saurait avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui procurent les règles impératives relatives aux obligations contractuelles prévues par le droit de l'Etat membre dans lequel il a sa résidence habituelle. » et que « En ce qui concerne la dérogation prévue par la présente directive pour les obligations contractuelles dans les contrats conclus par les consommateurs, celles-ci doivent être interprétées

b). Dérogations particulières : les paragraphes 4 à 6 de l'article 3

Il peut être dérogé à la clause de marché intérieur si des circonstances particulières tenant à la préservation d'intérêts essentiels de l'Etat de destination du service de la société de l'information le justifient.

L'article 3.4 précise que les mesures « doivent être

- nécessaires pour une des raisons suivantes :
 - l'ordre public, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine ;
 - la protection de la santé publique⁶⁷ ;
 - la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales ;
 - la protection des consommateurs, y compris des investisseurs ;
- prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs précités « ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs » ;
- proportionnelles à ces objectifs ; »

Le cumul de ces conditions doit rendre les dérogations particulières possibles uniquement dans des cas exceptionnels⁶⁸.

On pourrait s'interroger sur la portée des dérogations ainsi permises. En effet, l'article 3.4, en visant des mesures prises à l'encontre « d'un service donné de la société de l'information », permet-il l'adoption de mesures de portée générale qui affecteraient une catégorie de services ? L'article 3.4 vise un service donné de la société de l'information et non un prestataire donné de la société de l'information, ce qui pourrait laisser penser qu'une mesure dérogatoire générale prise à l'encontre d'un type de services de la société de l'information serait possible. Mais s'agissant d'une exception, l'article 3.4 devrait s'interpréter de manière

comme comprenant les informations sur les éléments essentiels du contenu du contrat, y compris les droits du consommateur, ayant une influence déterminante sur la décision de contracter ».

⁶⁷ Un Etat membre pourrait, par exemple, s'opposer à la vente sur Internet de certains types de médicaments par un prestataire de services établi dans un autre Etat membre. Cf. notamment les règles du code de déontologie des pharmaciens britanniques qui permettent, dans certaines limites, de proposer des médicaments via Internet : *Code of ethics and professional standards*, pp. 90 et 91, disponible à l'adresse <http://www.rpsgb.org.uk/pdfs/MEP2-2.pdf>

⁶⁸ En ce sens, E. CRABIT, *op. cit.*, p. 6.

restrictive et l'utilisation du terme « donné » va dans le sens d'une approche individuelle. De plus, il convient de ne pas négliger la volonté du législateur communautaire, qui est d'assurer un régime de libre circulation des services de la société de l'information, ce qui plaide également pour une limitation de la portée des exceptions au régime de libre circulation. L'article 3.4 ne devrait dès lors être lu que dans un sens permettant des dérogations de portée particulière, à l'exclusion de toute dérogation de portée générale⁶⁹.

En outre, l'Etat membre qui souhaite prendre des mesures restreignant la libre circulation des services de la société de l'information doit, préalablement à l'adoption de toute mesure, avoir demandé à l'Etat d'origine de prendre des mesures et avoir avisé la Commission et l'autre Etat membre concerné de son intention⁷⁰. En cas d'urgence, l'Etat membre de destination peut se dispenser de la notification préalable, pour autant qu'il informe la Commission et l'Etat d'origine dans les plus brefs délais des raisons justifiant l'urgence⁷¹.

Enfin, la Commission contrôle *a posteriori* la conformité des mesures adoptées et demande le cas échéant qu'il soit mis un terme aux mesures non conformes aux conditions précitées⁷².

5. La transposition de la directive sur le commerce électronique

L'article 3 ne bouleverse pas les règles existantes dans la mesure où celles-ci conduisaient déjà souvent à la désignation de la loi du pays où le prestataire de services est établi⁷³.

En outre, la portée de la clause de marché intérieur stipulée à l'article 3 de la directive sur le commerce électronique ne doit pas être surestimée.

En effet, compte tenu de la définition du domaine coordonné, le champ d'application de la clause de marché intérieur ne couvre que les dispositions applicables à l'activité en ligne. De surcroît, les dérogations contenues dans l'annexe soustraient bon nombre de domaines à ce champ d'application, dont celui très sensible des contrats de consommation. A cet égard, les difficultés rencontrées dans l'application des critères de l'article 5 de la convention de Rome aux contrats conclus par des consommateurs via Internet auront le plus souvent pour conséquence que la situation de ces contrats sera, dans les faits, identique à ce qu'elle aurait été sous l'empire de la clause de marché intérieur, seule les dispositions protectrices relevant de l'ordre public pouvant le cas échéant être invoquées au titre des articles 7 ou 16 de la convention de Rome⁷⁴. Finalement, la volonté de préserver à tout prix les consommateurs de

⁶⁹ Lire E. CRABIT, *op. cit.*, p.22, selon lequel « les Etats membres peuvent prendre des mesures à l'encontre d'un prestataire de services donné établi dans un autre Etat membre (dérogations au cas par cas) si elles poursuivent une des quatre raisons spécifiées (...) et si elles respectent certaines conditions de fond et de procédure (article 3 §§ 4, 5, 6) » (nous soulignons).

⁷⁰ Article 3, §4, b de la directive.

⁷¹ Article 3, §5 de la directive.

⁷² Article 3, §6 de la directive.

⁷³ Cf. *supra*, point A et spéc. sur l'article 4 de la convention de Rome.

⁷⁴ Clauses protectrices également contenues dans l'article 3 de la directive sur le commerce électronique. En outre, la possibilité pour les consommateurs d'invoquer le bénéfice des dispositions protectrices au titre de l'article 7 au-delà des possibilités offertes par l'article 5 est controversée (cf. *infra*).

l'application de la clause de marché intérieur n'aura pour conséquence que de les maintenir dans le régime d'incertitude et d'insécurité juridique découlant des dispositions inadaptées au commerce électronique de la convention de Rome. Si la clause de marché intérieur avait également couvert ces contrats, la situation aurait à tout le moins été claire quant à la détermination de la loi applicable et aux possibles dérogations à celle-ci⁷⁵.

Enfin, il convient de ne point perdre de vue que la clause de marché intérieur n'empêche nullement les parties à un contrat de désigner la loi applicable à leurs relations contractuelles.

L'article 3 de la directive sur le commerce électronique n'est donc pas une disposition que l'on pourrait qualifier de révolutionnaire. Tout au plus tente-t-elle d'apporter des réponses claires et des certitudes par rapport à la question de la loi applicable aux activités en ligne, question cruciale pour les candidats opérateurs du commerce électronique.

S'agissant d'une règle posée par une directive européenne, il convient enfin de s'interroger sur la situation des opérateurs économiques avant l'expiration du délai de transposition et, dans l'hypothèse où un législateur national négligerait de la transposer en temps utile, après l'expiration de ce délai. La question d'une éventuelle transposition erronée mérite également une attention particulière compte tenu des controverses entourant l'article 3.

a) Principes

a.1) Avant l'échéance du délai de transposition

Il convient tout d'abord de relever qu'une directive européenne s'incorpore au droit des Etats membres par sa seule publication au Journal officiel des Communautés européennes⁷⁶. L'Etat contracte en quelque sorte une obligation assortie d'un terme suspensif, c'est-à-dire que si l'obligation existe de manière certaine dès le moment de la publication de la directive, son exécution forcée n'est pas possible avant l'expiration du délai de transposition⁷⁷. Les opérateurs économiques ne pourront donc invoquer le bénéfice des dispositions d'une directive avant l'échéance du délai de transposition⁷⁸. Selon certains, on pourrait en revanche envisager un contrôle objectif la légalité d'un texte national postérieur à la publication de la directive, contrôle basé sur la primauté du droit européen⁷⁹.

Par ailleurs, lorsqu'une disposition nationale se prête à interprétation, les organes de l'Etat membre concerné, en ce compris les cours et tribunaux, sont tenus de l'interpréter à la lumière des textes communautaires et de leurs finalités, et ce même avant l'échéance des délais de transposition (technique dite de l'interprétation conforme)⁸⁰. Cette incidence des directives sur l'interprétation du droit national joue également dans le cadre de litiges entre particuliers.

⁷⁵ Cf. *infra* cependant sur les réserves par rapport à l'obligation pour le consommateur de prendre connaissance d'un droit étranger.

⁷⁶ P. GILLIAUX, *Les directives européennes et le droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1997, n° 99.

⁷⁷ *Ibidem*, n° 100.

⁷⁸ P. GILLIAUX, *op. cit.*, n° 102.

⁷⁹ Cf. les références citées par P. GILLIAUX, *op. cit.*, n° 101.

⁸⁰ *Ibidem*, n° 116.

a.2). Après l'échéance du délai de transposition

Après l'expiration du délai de transposition, il sera possible de faire écarter par un juge les dispositions nationales contraires à des dispositions précises et inconditionnelles⁸¹ d'une directive, pour autant que la directive soit invoquée à l'encontre d'un organe de l'Etat. Une jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés européennes exclut en effet la possibilité d'un effet direct horizontal (entre particuliers) des directives⁸².

En outre, dans l'hypothèse où un Etat négligerait de transposer une directive dans le délai normalement imparti, les opérateurs économiques qui s'estimeraient lésés par cette absence de transposition pourraient agir en responsabilité contre l'Etat défaillant⁸³. Pour ce faire, trois conditions doivent être cumulativement remplies⁸⁴ : il convient que le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution de droits aux particuliers, que le contenu de ces droits puisse être identifié sur base des dispositions de la directive⁸⁵ et, enfin, qu'il existe un lien de causalité entre la violation de l'obligation incombant à l'Etat défaillant et le dommage subi par la personne lésée. Les mêmes recours sont ouverts dans l'hypothèse d'une transposition incorrecte d'une directive⁸⁶.

b). Application au cas de la transposition de la directive sur le commerce électronique

Selon le cas de figure, plusieurs voies pourraient donc être ouvertes aux opérateurs économiques qui se verraient opposer des dispositions nationales d'un Etat de destination d'un service de la société de l'information suite à la non transposition de la clause de marché intérieur contenue dans l'article 3 de la directive.

b.1). Avant l'échéance du délai de transposition

Avant l'échéance du délai de transposition, les opérateurs économiques pourraient théoriquement solliciter que des dispositions nationales non claires soient interprétées à la lumière de l'article 3 de la directive. Mais en pratique, cette possibilité ne pourra se

⁸¹ Ce qui exclurait toute marge d'appréciation de l'Etat membre lors de la transposition.

⁸² J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, Précis de la Faculté de Droit de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 266-267. Cf. également : CJCE, 7 mars 1996, aff. *El Corte Inglés*, C-192/94, *Recueil*, 1996, p. I-1281, point 15 ; CJCE, 11 juillet 1996, aff. *Eurim-Pharm Arzneimittel*, C-71/94, *Recueil*, 1996, p. I-3603, point 26. L'Etat ne pourrait davantage se prévaloir des dispositions d'une directive non transposée en vue d'aggraver la situation d'un particulier.

⁸³ CJCE, 26 septembre 1996, aff. *Arcaro*, C-168/95, *Recueil*, 1996, p. I-4705, point 36.

⁸⁴ CJCE, 19 novembre 1991, aff. *Francovich*, C-6/90, *Recueil*, 1991, p. I-5357, points 39 à 41.

⁸⁵ C'est en ce sens que l'on évoque généralement l'exigence d'un caractère inconditionnel et suffisamment précis des dispositions d'une directive pour pouvoir bénéficier de l'effet direct (cf. notamment aff. C-168/95, précitée, point 34), ce qui écarte la possibilité d'une appréciation discrétionnaire par les Etats membres.

⁸⁶ Sur les obligations découlant du devoir de transposition, lire notamment P. GILLIAUX, « Quelques considérations sur la transposition des directives européennes », in *La participation de la Belgique à l'élaboration et à la mise en œuvre du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 347-371, spéc. pp.356-360.

concrétiser car les Etats membres destinataires de la directive sont tous partie à la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et celle-ci ne se prête pas à une telle interprétation.

b.2) Après l'échéance du délai de transposition

Après l'expiration du délai de transposition⁸⁷, la situation pourrait être quelque peu différente. Deux hypothèses peuvent être distinguées : d'une part, la transposition incorrecte et, d'autre part, l'absence de transposition dans le délai imparti.

Dans l'hypothèse où un Etat membre adopterait une loi de transposition non conforme au texte et/ou aux objectifs de la directive sur le commerce électronique, il devrait être possible de solliciter la substitution des dispositions précises et inconditionnelles de la directive aux dispositions de cette loi nationale de transposition dans tout litige opposant un opérateur établi dans un autre Etat membre à l'un des organes de l'Etat membre concerné.

Si, par exemple, une loi de transposition ne reprenait pas correctement la clause de marché intérieur (en limitant son champ d'application, par exemple) et qu'un des organes de l'Etat membre concerné entendait poursuivre⁸⁸, sur base de dispositions nationales particulières qui couvriraient de manière incidente les activités en ligne⁸⁹, un prestataire de services de la société de l'information établi dans un autre Etat membre, ce prestataire devrait pouvoir invoquer les dispositions de la directive relatives à la clause de marché intérieur afin de les faire substituer aux règles contenues dans la loi de transposition et dont les effets seraient trop limités. La disposition de l'article 3 pourrait en effet être considérée comme une disposition précise et inconditionnelle. La question de savoir si elle vise l'attribution d'un droit aux particuliers pourrait être discutée, mais la réponse à cette interrogation devrait être positive dans la mesure où cette disposition met en œuvre dans le cadre de la société de l'information le principe de libre circulation des services, qui constitue un des droits fondamentaux consacrés par le Traité. Si le prestataire de services devait subir un préjudice dans le cadre de relations contractuelles avec un autre professionnel, le palliatif de l'effet direct ne pourra lui permettre d'invoquer la portée réelle des termes de la directive à l'encontre de ceux de la loi nationale de transposition, mais il pourrait par contre agir en responsabilité à l'encontre de l'Etat membre défaillant.

Enfin, il convient également de mentionner l'obligation qu'ont les Etats membres de respecter les conditions de notification et de statu quo de trois mois avant l'adoption de toute disposition nationale afférente aux services de la société de l'information, conformément à la directive « transparence »⁹⁰. Le non respect de ces exigences pourrait permettre une remise en cause de la validité des règles de transposition adoptées⁹¹.

⁸⁷ Le législateur communautaire a accordé un délai de 18 mois aux Etats membres afin d'adapter leurs législations nationales. Ce délai arrivera à échéance le 17 janvier 2002 (article 22).

⁸⁸ Sur base de prérogatives de police économique par exemple.

⁸⁹ Par exemple, une loi portant certaines exigences concernant la vente de certains types de produits et qui trouverait à s'appliquer également dans le contexte de la vente de ces produits via Internet.

⁹⁰ Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.*, n° L 217, 5 août 1998.

⁹¹ A ce propos, cf. P. GILLIAUX, *Les directives européennes et le droit belge*, *op. cit.*, pp. 158-161.

En cas de défaut de transposition de la directive sur le commerce électronique en temps utile, les prestataires de services de la société de l'information pourront de même invoquer les termes de la directive à l'encontre des organes de l'Etat membre défaillant, que ce soit dans le cadre d'une action en responsabilité de l'Etat ou dans le cadre d'un litige opposant le prestataire à un des organes de l'Etat se prévalant de ses dispositions nationales dans un domaine normalement couvert par la clause de marché intérieur.

II. Les contrats conclus avec un consommateur

La question de la loi applicable aux contrats de consommation conclus par le biais d'Internet reste, de manière générale, soumise aux règles de droit international privé prévues à l'article 5 de la convention de Rome⁹².

Nous limiterons ici notre analyse à la convention de Rome sans entrer dans la matière du droit communautaire dérivé. Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'il existe une série de sources législatives communautaires qui intéressent soit directement soit indirectement le commerce électronique. Certaines directives posent notamment des règles protectrices du consommateur, comme la directive sur les clauses abusives⁹³, la directive sur les contrats à distance⁹⁴ ou encore la directive sur la vente et la garantie des biens de consommation⁹⁵.

En tant qu'elles sont assorties d'une règle d'applicabilité, ces directives sont susceptibles de régir la situation par priorité à toute autre loi qui serait normalement applicable en vertu des règles de rattachement usuelles. Tant la convention de Rome que le droit communautaire confèrent la priorité à ces actes ou aux dispositions nationales de transposition, dans la mesure où elles entendent déroger au jeu des règles de rattachement⁹⁶.

A. Adoption d'une règle de conflit protectrice

L'article 5 de la convention de Rome est consacré de manière générale aux contrats de consommation portant sur la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture, le consommateur étant défini comme toute personne contractant pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle.

⁹² Le législateur communautaire a en effet exclu ce type de contrat du champ d'application de l'article 3 de la nouvelle directive sur le commerce électronique (article 3.3). Cf. *supra*.

⁹³ Directive 93/13 CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.*, 1993, L 95/29.

⁹⁴ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.*, 1997, L 144/19.

⁹⁵ Directive 1999/44/CE du parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommation, *J.O.*, 1999, L 171/12.

⁹⁶ M. FALLON, « Le droit applicable à la protection de l'utilisateur sur l'interréseau dans le contexte communautaire », *Telecommunications and broadcasting networks under EC law-Le droit communautaire et les réseaux de télécommunications et de télédiffusion, la protection des consommateurs et des entreprises dans la société de l'information*, ERA vol 27, p.243.

L'article 5 pose une double règle⁹⁷. D'une part, à défaut de choix et dans des conditions strictement délimitées, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle. D'autre part, si l'esprit de la convention est de consacrer le principe de l'autonomie de la volonté, l'article 5 prévoit cependant que la liberté des parties de choisir le droit applicable conformément à l'article 3 ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de « *la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle* ». La *ratio legis* de cette disposition est de garantir au consommateur la protection à laquelle il est habitué dans son Etat de résidence. L'application des dispositions protectrices de la loi du consommateur vise donc à empêcher toute tentative des professionnels de s'affranchir, en recourant au choix d'une loi étrangère, de tout ou partie des règles nationales élaborées pour la protection du consommateur. Ainsi, lorsque le consommateur contracte dans les limites fixées par l'article 5, il peut avoir la certitude qu'il bénéficiera au minimum des mesures spécifiques de protection qui sont prévues par les lois impératives de son Etat⁹⁸.

B. Domaine de la règle protectrice

1. Les conditions d'application de la règle protectrice

Les règles protectrices du consommateur ne vont pouvoir jouer à son bénéfice que dans les hypothèses limitativement énumérées à l'article 5, §2.

L'article 5, §2 distingue deux hypothèses spéciales et une hypothèse générale.

La première hypothèse spéciale est celle où le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande dans le pays de résidence habituelle du consommateur. Dans ce cas, le vendeur s'est déplacé dans le pays du consommateur et est allé recueillir sur place sa commande.

La seconde hypothèse spéciale est plus marginale. C'est celle où le contrat est une vente de marchandise et où le consommateur s'est déplacé du pays de sa résidence habituelle dans un pays étranger et y a passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.

L'hypothèse générale vise enfin tout contrat dont la conclusion a été précédée dans le pays où le consommateur a sa résidence habituelle d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et à condition que le consommateur ait accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat.

2. Commentaire critique

Il convient de se pencher sur l'hypothèse générale de l'article 5, puisque qu'elle se présente comme une catégorie résiduelle susceptible d'englober tous les autres contrats de consommation. Les conditions exigées dans le cadre de cette hypothèse vont soulever

⁹⁷ P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome de 19 juin 1980 », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, p. 313, n°35.

⁹⁸ A.-M. DE MATOS, « Consommation transfrontière : d'un espace cloisonné à un espace judiciaire européen », *Revue européenne de droit de la consommation*, 2000, p.162.

plusieurs difficultés lorsqu'elles doivent s'appliquer à des situations contractuelles nées de l'utilisation d'Internet.

La première condition impose que la conclusion du contrat ait été précédée dans le pays de la résidence habituelle du consommateur d'une proposition spécialement faite ou de publicité. Cette condition envisage la situation dans laquelle le professionnel effectue des démarches pour vendre ses objets mobiliers corporels ou services dans le pays où réside le consommateur.

La notion de « proposition spécialement faite » entend viser toute démarche individualisée faite à l'égard du consommateur, sous la forme par exemple de l'envoi d'un catalogue ou d'une offre de contrat. La notion de « publicité » a, quant à elle, une portée plus large puisqu'elle vise tout acte de publicité réalisé notamment par voie de radio, de télévision, de presse écrite, ou d'affichage.

A la lumière du rapport explicatif Giuliano/Lagarde sur la convention de Rome, on peut cependant déduire du libellé de cette première condition que les démarches effectuées par le professionnel⁹⁹ doivent être spécialement dirigées vers le pays de résidence du consommateur¹⁰⁰. Ainsi, on estime, par exemple, qu'un consommateur allemand qui conclut un contrat en répondant à une annonce publiée par une société française dans un journal américain, même si ce journal est vendu en Allemagne, ne sera pas couvert par la règle spéciale prévue à l'article 5 (sauf dans l'hypothèse d'une édition spéciale destinée au marché allemand). Dans ce cas, le vendeur n'aura pas effectué de publicité spéciale destinée au pays du consommateur.

En posant cette exigence d'une proposition ou d'une publicité dirigée vers le pays du consommateur, la convention de Rome tend à opérer une distinction entre consommateurs « actifs » et « passifs », en ne permettant l'application des règles protectrices qu'au profit du consommateur dit « passif ».

Compte tenu cependant des modalités du commerce électronique et des modes de navigation sur Internet, la légitimité d'une telle distinction peut être mise en doute¹⁰¹.

Certains cas de figure ne poseront pas de grandes difficultés. En effet, on peut aisément admettre qu'une certaine passivité sera de mise en cas de proposition individualisée ou encore chaque fois que la publicité par laquelle le consommateur a été sollicité était personnalisée. On sait en effet que la collecte des données personnelles relatives aux internautes et leur centralisation dans des bases de données permettent de dégager des profils de consommation autorisant une véritable personnalisation de la publicité¹⁰².

⁹⁹ Qu'elles prennent la forme soit de propositions d'affaires individualisées, soit d'une publicité.

¹⁰⁰ M. GIULIANO et P. LAGARDE, *op. cit.*

¹⁰¹ Lire notamment B.E.U.C., 183/99, « Compétence judiciaire et loi applicable aux contrats transfrontaliers conclus par les consommateurs », *Commentaire du B.E.U.C. sur les droits des consommateurs dans le cadre du commerce électronique. Version Finale*, 8/10/1999, disponible sur le site officiel du BEUC, à l'adresse <http://www.beuc.org/public/xfiles2000/x2000/x022up0f.pdf>

¹⁰² Concernant la publicité sur Internet, cf. D. GOBERT, « La publicité sur Internet – Le droit en (r)évolution », *Ubiquité*, n° 7, décembre 2000, p.72 ; S. BOURLIATAUX-LAJONIE, « Personnalisation de la publicité sur Internet dans un contexte international : une méthode efficace ? », contribution au colloque international *Evolution du marketing dans le monde arabe : apport des technologies de l'information*, 2 et 3 nov. 2000, disponible à l'adresse <http://www.usj.edu.lb/colloques/fgm1/fgm1bou.htm>.

D'autres cas s'avéreront cependant nettement plus problématiques. Le consommateur peut notamment, en cours de navigation, repérer un site présentant une base de données ou des biens à acquérir et s'identifier alors au responsable du site pour bénéficier du service proposé, et cela sans jamais avoir été sollicité par le professionnel¹⁰³. Il peut également, en cours de navigation, être attiré par une bannière publicitaire se trouvant sur un site étranger et se laisser tenter par l'acquisition du produit dont la bannière vantait les mérites. Dans les cas de figure évoqués ci-dessus, la condition requise par l'article 5 n'est pas appropriée, notamment en ce qu'elle suggère une certaine passivité du consommateur, exigence à laquelle ne semble pas répondre celui qui, d'initiative, recherche un produit ou un service sur Internet¹⁰⁴. La distinction entre consommateur actif et consommateur passif perd assurément de sa substance lorsqu'il s'agit d'appréhender les comportements du consommateur sur le web¹⁰⁵.

En outre, l'interactivité inhérente à Internet – qui se manifeste notamment par la diversité des techniques publicitaires utilisées – contribue à créer une confusion entre les notions d'activité ou de passivité. Le comportement de tout internaute se révèle d'une nature ambivalente. Le consommateur qui navigue sur le net est « actif » puisqu'il prend l'initiative de se connecter, mais il est également soumis, au cours de sa navigation, à de nombreuses et diverses formes de sollicitations qu'il ne contrôle pas où dont il ne soupçonne pas l'influence.

Dans l'attente d'une modification du texte de la convention de Rome¹⁰⁶, une difficulté d'interprétation majeure va inévitablement se poser, dès lors qu'il est de l'essence même d'Internet de pouvoir toucher potentiellement l'ensemble des internautes : peut-on déduire de leur simple présence sur le net qu'une publicité ou un appel d'offres sont « dirigés » vers le pays d'un consommateur ?¹⁰⁷ Les conditions cumulatives de l'article 5 ne sont pas sans rappeler les termes de l'article 13 de la Convention de Bruxelles puisque les éléments de localisation y sont définis de manière tout à fait identique. On notera cependant que la convention de Bruxelles, et notamment son article 13, vient de faire l'objet d'un remaniement sous la forme d'un nouveau règlement du Conseil du 22 décembre 2000¹⁰⁸. Les notions de publicité et de proposition spécialement faite ont été remplacées par la notion d'activités exercées dans ou « *dirigées vers* » le pays de résidence du consommateur¹⁰⁹. Cette

¹⁰³ M. FALLON, « Le droit applicable à la protection de l'utilisateur sur l'interréseau dans le contexte communautaire », *op. cit.*, p.242.

¹⁰⁴ R. STEENNOT, « Internationaal privaatrechtelijke aspecten van middelen internet gesloten (consumenten)overeenkomsten », *D.A./O.R.*, 2000, n°55, pp.192-195.

¹⁰⁵ La pertinence de cette distinction nous semble déjà douteuse lorsque l'on envisage un média traditionnel comme la presse écrite. En effet, au même titre que l'on peut déduire un comportement actif de la part du consommateur naviguant de page web en page web sur Internet, ne peut-on pas reconnaître un comportement identique dans le chef du consommateur qui acquiert et ensuite parcourt une revue spécialisée afin de s'acheter un produit bien défini ?

¹⁰⁶ Cf. A.-M. DE MATOS, *op.cit.*, p.162.

¹⁰⁷ G. KAUFMAN-KOHLER, « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ? », *Internet. Which Court decides ? Which law applies*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p.138.

¹⁰⁸ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.*, 16 janvier 2001, L 12/1.

¹⁰⁹ Cf. la contribution de L. GUINOTTE et D. MOUGENOT dans le présent ouvrage.

modification ne nous semble cependant pas de nature à apporter davantage de sécurité juridique.

La deuxième condition requise par l'article 5 pour cette troisième catégorie requiert en outre que le consommateur ait accompli, dans le pays où il a sa résidence habituelle, les « actes nécessaires à la conclusion du contrat ». De tels actes peuvent s'entendre comme toute démarche quelconque faite à la suite d'une offre ou d'une publicité, comme celle de compléter les champs requis d'une page web. Cette condition a été imposée dans la convention de Rome afin d'éviter le problème classique de la détermination du lieu de conclusion du contrat¹¹⁰. Mais elle n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît à appliquer dans le cadre du commerce électronique. En effet, les moyens actuels de télécommunication permettent au consommateur de conclure un contrat dans un autre lieu que celui de sa résidence habituelle. Un facteur comme celui de la résidence habituelle n'est opérationnel que si ce lieu est aisément déterminable. En matière de contrats conclus par le biais d'Internet, l'endroit où le consommateur réalise ces démarches pourrait être difficile voire impossible à identifier et celles-ci pourraient en tout état de cause être sans pertinence pour la création d'un lien entre le contrat et l'Etat de résidence du consommateur. Si la seule identification possible du lieu de ces démarches était fonction de l'adresse IP utilisée par le consommateur pour se connecter à Internet, force serait de constater qu'il y a là source d'insécurité juridique car l'adresse IP n'est pas toujours éclairante pour le vendeur¹¹¹.

Au regard des conditions qui viennent d'être exposées, plusieurs pistes d'interprétations peuvent être envisagées.

En cas d'interprétation littérale des conditions d'internationalité, et notamment de la spécialité de l'offre ou de la publicité, on peut raisonnablement craindre que le consommateur jouira rarement de la protection accordée par l'article 5. Une telle interprétation risque en effet d'ôter tout effet utile à cette disposition dans le cas de contrats conclus via Internet et cela presque au seul motif que les techniques de publicité et de distribution ont évolué.

Si le consommateur ne se trouve pas dans l'une des situations visées par l'article 5 – ce qui risque d'être souvent le cas pour les contrats conclus sur Internet –, il ne bénéficiera pas des règles protectrices et devra se soumettre aux règles générales de conflit de lois telles qu'elles s'appliquent aux contrats conclus entre professionnels.

Il nous semblerait préférable d'adopter une interprétation téléologique des conditions prévues à l'article 5¹¹², et ce pour un double motif. D'une part, il conviendrait de surmonter la difficulté pratique de déterminer *in concreto* si une publicité est effectivement dirigée vers le pays du consommateur. La prise en considération de critères linguistiques (publicité ou site rédigé dans une langue déterminée) ou monétaires (paiement à effectuer dans une monnaie déterminée) ne permet pas de conclure automatiquement au ciblage d'un marché limité dans l'espace. D'autre part, la position de faiblesse qu'occupe le consommateur incite à préférer cette interprétation. En effet, cette position défavorable est d'autant plus fragilisée

¹¹⁰ M. GIULIANO et P. LAGARDE, *op. cit.*

¹¹¹ L'adresse IP utilisée ne donne en effet pas toujours une indication fiable de la localisation de l'interlocuteur du professionnel. Cf. M. FALLON, *op. cit.*, p.243.

¹¹² Cf. également dans le même sens Y. BRULARD et P. DEMOLIN, « Les transactions commerciales avec les consommateurs sur Internet », in *Internet face au droit*, Cahier du CRID n°12, Bruxelles, Story-Scientia, 1997, p.45.

qu'intervient une rupture d'échelle spécifique à Internet, le réseau ouvrant aux fournisseurs de produits et de services un marché planétaire¹¹³. Les moyens financiers et techniques d'une entreprise, aussi petite soit-elle, sont toujours supérieurs à ceux du simple consommateur-internaute. Compte tenu de ce facteur, il semble normal que le risque de devoir se soumettre à la loi de 15 pays différents repose sur le professionnel. Si une entreprise souhaite se protéger d'un tel risque, il lui suffit alors de ne pas diriger sa publicité ou ses offres sans considération d'espace, par exemple en spécifiant une limitation géographique sur son site, ou en refusant les commandes provenant de certains Etats. Mais cette solution n'est évidemment pas idéale pour le développement du commerce électronique puisqu'elle génère une insécurité juridique en défaveur des professionnels.

C. Lois de police

En définitive, force est de constater qu'une interprétation étroite la convention de Rome risque de ne pas aboutir nécessairement à la désignation de la loi du pays de résidence du consommateur¹¹⁴.

Dans l'hypothèse où l'article 5 de la convention de Rome ne serait pas applicable aux contrats de consommation conclus via Internet, les dispositions de l'article 7 de cette convention pourraient permettre de contourner la délimitation de l'article 5. Mais cette possibilité soulève la question de l'interaction entre ces deux articles. Or, cette question est controversée, car, en limitant les cas dans lesquels le consommateur peut se prévaloir des règles impératives protectrices de l'Etat de sa résidence habituelle, la convention de Rome paraît en avoir exclu l'application en dehors de ces cas, même au titre de l'article 7¹¹⁵. L'article 7 de la Convention fait référence à la matière des lois de police, également qualifiées de lois d'applicabilité immédiate. Ces lois désignent un ensemble « de dispositions impératives ou d'ordre public dont le respect a été jugé par le législateur indispensable pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays, en manière telle qu'il leur a fixé un champ d'application non seulement interne, mais aussi international »¹¹⁶. A titre d'exemple, on peut notamment citer les réglementations de change, les règles en matière de concurrence, les multiples dispositions de droit administratif, certaines dispositions impératives en matière de contrat d'assurance ou de bail ou encore les nombreuses réglementations en matière de protection du consommateur¹¹⁷. Ces différents exemples témoignent de la portée très large de la notion de lois de police¹¹⁸. L'article 7 englobe donc nécessairement les dispositions

¹¹³ G. KAUFMAN-KOHLER, « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ? », *op. cit.*, p.139.

¹¹⁴ M. OLIVIER et A. CAPARROS, *op. cit.*, p.5.

¹¹⁵ Lire M. FALLON, *op. cit.*, p.243, qui propose une application distributive de ces articles : art.5 pour la protection par le droit de contrats et art.7 pour la protection par la réglementation des pratiques commerciales.

¹¹⁶ R. PRIoux, « L'incidence des lois de police sur les contrats économiques internationaux », *Rev. Dr. U.L.B.*, 1994, livre II, p.133. En droit belge, la matière des lois de police trouve sa source dans l'article 3 du Code civil.

¹¹⁷ En droit belge, on peut citer dans ce sens la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce, l'information et la protection du consommateur et la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire.

¹¹⁸ A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, p.40.

impératives auxquelles il est fait allusion dans l'article 5. La controverse évoquée ci-dessus révèle dès lors toute sa dimension car l'application des dispositions protectrices du pays de résidence du consommateur au titre de l'article 7 alors même que les conditions prévues à l'article 5 ne seraient pas rencontrées aurait pour conséquence de priver cette dernière disposition de tout effet utile¹¹⁹.

L'article 7 instaure un système complexe, axé sur l'articulation de deux paragraphes. L'article 7, §1 prévoit, en des termes très prudents, qu'indépendamment du droit applicable au contrat en vertu de la règle de rattachement de la juridiction saisie, celle-ci a la faculté de donner effet aux « règles impératives » d'un autre droit national. La mise en œuvre d'une telle règle n'est cependant pas inconditionnelle. Hormis les cas où un pays a fait usage de sa faculté de réserve pour exprimer son refus que ses juridictions donnent effet à des lois de police étrangères, la mise en œuvre du §1^{er} est subordonnée à une triple limite. Les règles impératives en question doivent tout d'abord être celles d'un pays avec lequel la situation litigieuse « *présente un lien étroit* ». Le point de départ de cette disposition est la constatation qu'un contrat international, s'il est logiquement attaché à la loi du pays avec lequel il présente des liens les plus étroits, n'en présente pas moins des liens réels avec d'autres pays et que ces autres pays peuvent avoir un intérêt légitime à ce que le contrat ne porte pas atteinte à des règles qui sont pour eux essentielles. Ensuite, les règles impératives doivent vouloir s'appliquer à la situation, c'est-à-dire être « *applicables quelle que soit la loi régissant le contrat* ». Enfin, la juridiction saisie, lorsqu'elle prend en compte les dispositions d'une loi de police étrangère, doit s'interroger sur l'objectif poursuivi par l'auteur de la règle, et notamment « *tenir compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application* ».

L'article 7, §2 prévoit que la juridiction saisie peut appliquer les lois de police du for qui régissent impérativement la situation litigieuse quelle que soit la loi applicable au contrat. Il concerne donc uniquement les règles de police de la loi du pays du juge saisi et renforce de cette manière le caractère obligatoire de leur application. La convention de Rome réserve ainsi une place privilégiée aux lois de police du for. En effet, l'article 7, §2 semble écarter tout pouvoir d'appréciation du juge sur l'opportunité d'appliquer les lois de police du for, dès lors que le contrat, même soumis à une autre loi, entre dans le champ d'application qui leur a été assigné. En pareil cas, la loi de police du for aura toujours la priorité sur la loi désignée par les parties pour régir le contrat¹²⁰.

¹¹⁹ L. BERNARDEAU, « La directive communautaire 2000/13/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique », *op. cit.*, p.9.

¹²⁰ P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 324, n°47.

Conclusion

Ainsi que notre analyse l'a laissé entrevoir, les règles régissant la désignation de la loi applicable à une relation contractuelle internationale, qu'elles revêtent l'habit d'une règle de conflit de lois ou celui d'une règle dite « de marché intérieur », sont porteuses de multiples controverses.

Les investissements requis en matière de conseil juridique pour le développement paisible d'une activité en ligne ne devraient, malheureusement pour les entrepreneurs¹²¹, pas pouvoir être réduits de manière significative dans un avenir proche.

Le régime des contrats conclus entre professionnels devrait pour partie¹²² bénéficier des avantages qu'offre la clause de marché intérieur de la directive sur le commerce électronique en termes de prévisibilité et de sécurité juridique, et ce même s'il convient de relativiser la portée de cette clause compte tenu des différentes exceptions qui l'affectent.

La situation des contrats de consommation semble nettement plus incertaine. L'inadéquation des termes de la convention de Rome au contexte du commerce électronique est patente. Cela est d'autant plus regrettable que ce sont sans doute ces contrats qui ont le plus besoin d'un régime clair et stable, sans lequel les consommateurs risquent de demeurer frileux vis-à-vis du commerce en ligne. La récente adoption du règlement de Bruxelles sur la compétence judiciaire, qui réforme l'ancienne convention du même nom, ne semble malheureusement pas augurer d'un avenir plus favorable dans la mesure où les critères de rattachement finalement retenus n'apparaissent pas substantiellement plus faciles à mettre en œuvre dans le cadre du commerce électronique. A cet égard, on ne peut que formuler le souhait que les projets de réforme de la convention de Rome, qui semblent actuellement s'enliser quelque peu dans d'intenses querelles de lobbyistes, puissent déboucher sur des solutions présentant un réel intérêt pratique.

Plus que jamais, il apparaît que le développement du commerce électronique en Europe passe par l'établissement de certitudes juridiques...

¹²¹ « Heureusement pour les juristes », diront certains...

¹²² Rappelons que la clause ne joue qu'en faveur des prestataires établis dans un des Etats membres de la Communauté européenne.